

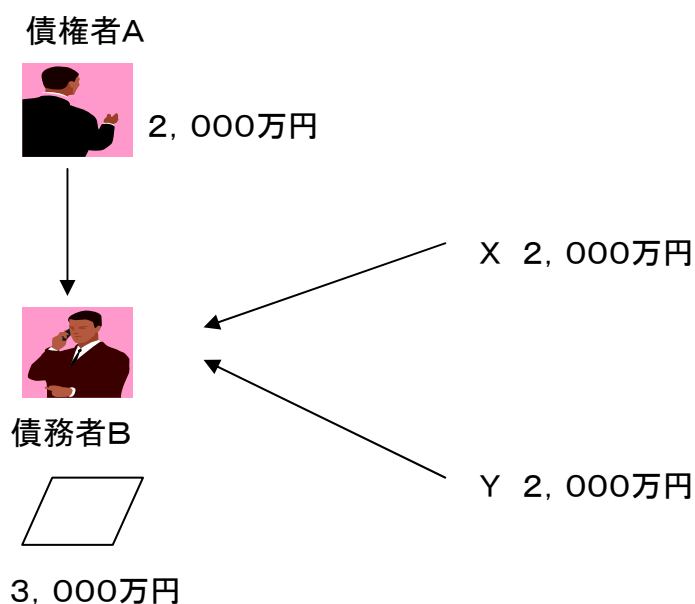
第15章 抵当権 重要度★★★

15-1 抵当権とは

(1) もし抵当権がなかったら・・・どうなる？

抵当権という制度が何のためにあるのかを理解するため、もし抵当権がなかったらどうなるのかについて検討を加えることにしよう。

AがBに2,000万円を貸した。Aは、「Bは3,000万円相当の土地を持っているから、2,000万円貸しても大丈夫だろう」と思っていた。ところが、その後Bは、XとYからも2,000万円ずつ借りた。この場合、Aは、Bの土地を売り払うことによって、いくら貸したお金を回収できるか。



もし、Bの債権者がAしかいなければ、Aは、2,000万円をとれる。

↓しかし、今回のケースでは、

A以外にも債権者がいるので、Aは、それらの者と平等に扱われることになり、債権額に応じてお金を返してもらえるだけである。これを債権者平等の原則という。

↓したがって

この場合Aは、 $3,000万円 \times 2,000万円 / (2,000万円 + 2,000万円 + 2,000万円) = 1,000万円$ を回収できるだけである。

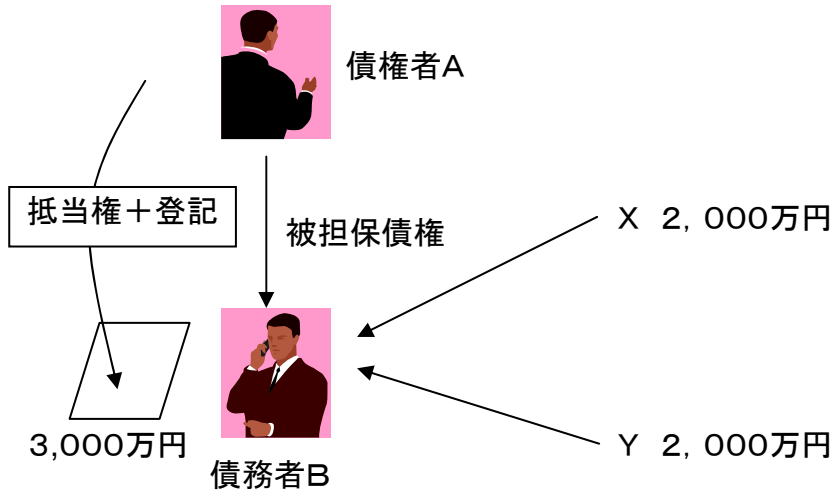
↓これではAが納得できるはずがない！

そこで、抵当権という制度が作られたのである。

抵当権を専門的な言葉で説明すると、「目的物の占有を抵当権設定者のもとにとどめ、もし、債務の履行がなければ目的物を競売にかけて、その代価から優先的に債権を回収することのできる担保物権のことをいう。なお、抵当権設定者とは、自分の不動産に抵当権を設定する者のことである。一方、抵当権を持つ者を抵当権者という。

(2) 抵当権を設定しておくとうなるか

AがBに3,000万円を貸し、その際、Bの所有する3,000万円相当の土地に抵当権の設定を受け、登記をした。その後Bは、XとYから2,000万円ずつ借りた。このとき、Aは、Bの土地を売り払うことによって、いくら貸したお金を回収できるか。



Aは、Bの土地に**抵当権を有している**ので、**その土地の競売代金から、優先的に**お金をとれる**(他の債権者に優先して弁済を受けられる)**。

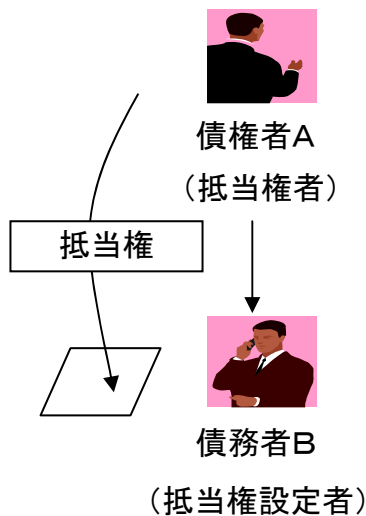
↓したがって

Aは、貸したお金全額の3,000万円を回収することができる。

15-2 抵当権の成立(369条等)

(1) 抵当権の成立について

抵当権は、どのようにして成立するのだろうか。



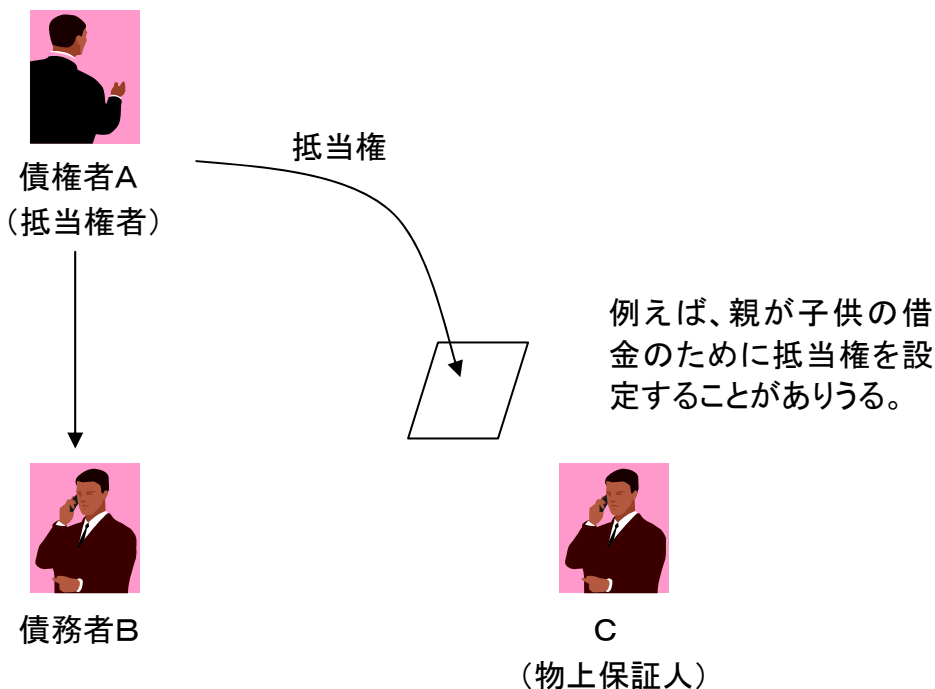
用語解説

抵当権

簡単にいえば、目的物を競売にかけて金銭に換えて、その金銭から優先的に弁済を受けることのできる権利である(法的な定義は、前頁参照)。

抵当権は、抵当権者と抵当権設定者との合意(抵当権設定契約)により成立する。抵当権の成立に、書面の作成や登記は必要ない。

抵当権設定者は、必ずしも債務者に限られず、債務者以外の第三者でもよい。債務者以外の第三者が、債務者の債務を担保するために、自己所有の不動産に抵当権を設定することを物上保証という。そして、実際に抵当権を設定した当該第三者を物上保証人という。



先に抵当権が設定されているとしても、これに優先して行使できるものがある。例えば、不動産保存の先取特権と不動産工事の先取特権がこれにあたる。不動産の保存による価値の維持や不動産の工事による価値の増加は、抵当権者にとっても利益となるから、特別に抵当権に優先させたのである(先取特権については後述)。

(2) 抵当権の目的となりうるのは(369条)

抵当権は、不動産、地上権、永小作権に設定することができる。

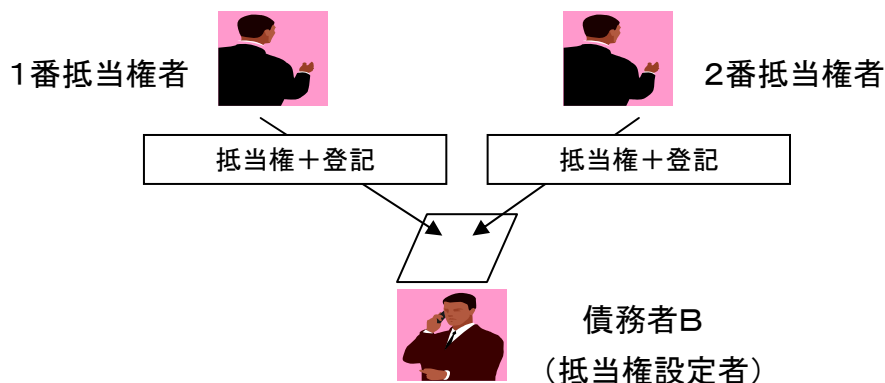
⇒ **賃借権には、抵当権を設定することはできない。**

(3) 対抗要件

抵当権を**第三者に対抗するためには、登記が必要**である。

(4) 順位上昇の原則

1つの物に複数の抵当権を設定した場合、どのように扱われるか(373条)。



繰り返しになるが、抵当権設定当事者間では、何らの書面や登記も必要なし!

1つの物に複数の抵当権を設定した場合、登記の先後で順位が決まる。



先順位の抵当権が、債務者の弁済等によって消滅した場合、後順位の抵当権の順位が繰り上がるが、これを順位上昇の原則という。

15-3 抵当権の性質(369条、372条他)

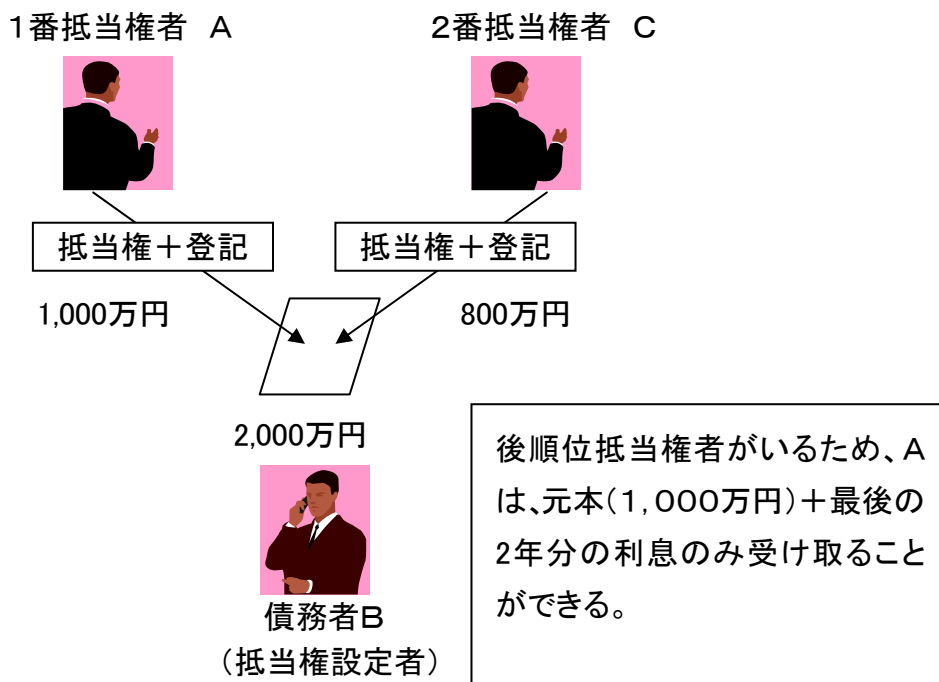
ポイント

- 1 被担保債権が成立しなければ、抵当権も成立しない(成立の附従性)
- 2 被担保債権が消滅すると、抵当権も消滅する(消滅の附従性)
- 3 被担保債権が移転すると、抵当権も移転する(随伴性)
- 4 被担保債権全額が弁済されるまで、抵当権は存続する(不可分性)

15-4 抵当権の効力

(1) 被担保債権の範囲(375条)

抵当権者が、利息その他の定期金を請求する権利を有するときは、原則として、その満期となった最後の2年分についてのみ、優先的に弁済を受けられる。「最後の2年分」というのは、抵当権が実行されて、金銭が抵当権者に配分される時から遡って考える。



抵当権の順位を変更するには、抵当権者全員の合意と利害関係者(例: 転抵当権者など)の承諾が必要であるが、抵当権設定者の承諾は不要である。また、順位の変更は、その登記をしなければ効力を生じない。

不可分性について、例えば、抵当権設定者が借金を半分返しても、抵当権が半分なくなることはないということ。

ただし、この制度は、**後順位抵当権者等を保護することを目的とするものだから、後順位抵当権者等がない場合には、抵当権者は、満期となった最後の2年分を越える利息についても抵当権を実行のうえ、優先的に弁済を受けられる。**

(2) 抵当権の効力はどこまでおよぶのか(370条等)

土地に抵当権を設定した場合、土地上の建物や庭木などに抵当権はおよぶか。また、建物に抵当権を設定した場合、その中のふすまについてはどうか。

- ① 抵当権の効力は、**付合物におよぶ**。付合物は、それを取り付けたのが抵当権の設定の前であるか後であるかを問わず、抵当権の効力がおよぶ。
- ② 抵当権の効力は、**抵当権設定当時の従物におよぶ**。
- ③ **土地に対する抵当権の効力は、建物にはおよばない**。

天然果実(371条)とは、その物の用法に従い収取する産出物(例えば、りんごの木に実るりんご)をいうが、この天然果実には、原則として、抵当権の効力は及ばない。ただし、被担保債権が債務不履行となったときは、その効力がおよぶ。

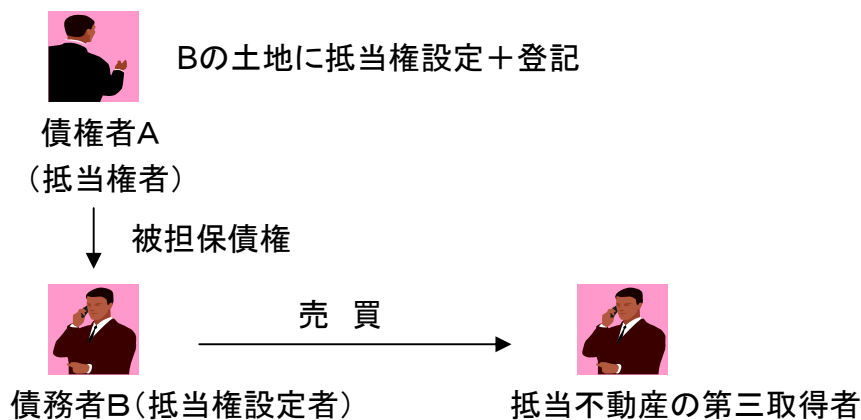
法定果実(371条、372条)とは、その物の使用の対価として受けるべき金銭その他の物(例えば、建物の賃料)をいう。抵当権の効力は、物上代位による差押さえ(後述)をすれば、法定果実に及ぶ。また、被担保債権が債務不履行となったときは、その効力がおよぶ。

用語解説

1 従物
主物とは別個のものであるが、主物の効用を高めるもの
(例) 建物と畳 ※建物が主物で、畳が従物

2 付合物
抵当目的物である不動産に付着しており、その不動産と一体となったもの (例) 土地と庭木

(3) 抵当権設定者にできること



抵当権設定後実行までの間は、目的物を抵当権設定者が使ったり(使用)、賃貸したり(収益)、または売却する(処分)ことができる。この場合、**抵当権者の同意は不要**である。

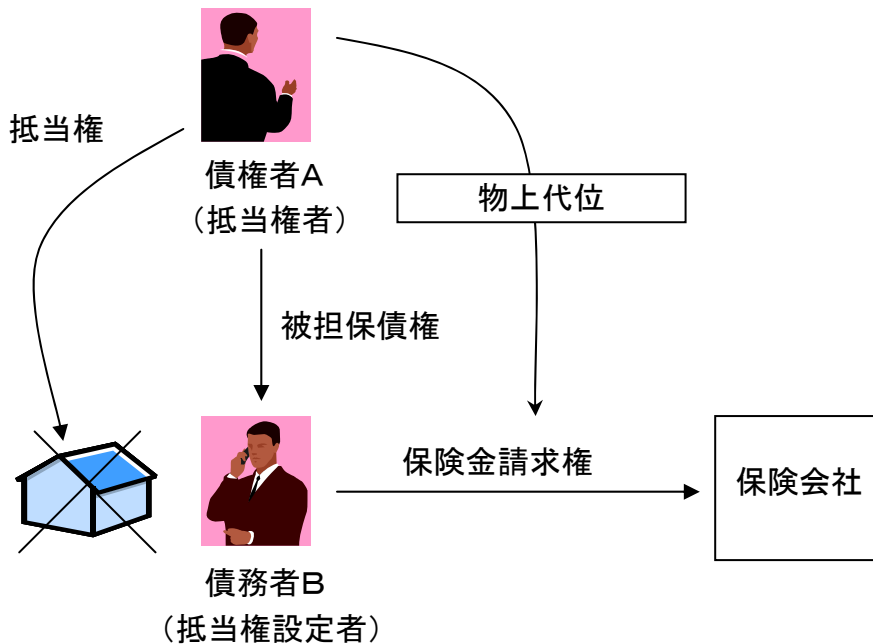
ポイント

抵当権設定者は、抵当権者の同意がなくても、自由に目的物を使用・収益・処分することができる。

(4) 物上代位(372条他)

① 物上代位とは

Aは、Bの建物に抵当権を設定していたが、その家が火事で燃えてしまった。この場合、Aはどのような手段をとることができるのだろうか。



家が燃えてしまった以上、家に対して抵当権を実行することは不可能。

↓ただし

家が燃えたことにより、債務者(抵当権設定者)に**保険金・賠償金が手に入る場合**、それは**家の価値がこれらの保険金や賠償金に変化したもの**と考えられる。

↓したがって

Aは、その**保険金・賠償金**に対し、**抵当権の効力をおよぼすことができる**。これを**物上代位**という。

② 物上代位の対象

保険金請求権、損害賠償請求権、賃料、売買代金

③ 物上代位の要件

金銭等が抵当権設定者に支払われる**前に、抵当権者が差押えをしなければならぬ。**

ポイント

抵当権者は、抵当権設定者が受け取るべき金銭等に、物上代位をすることができる。ただし、物上代位をするためには、金銭等が抵当権設定者に支払われる前に、抵当権者が差押えをしなければならない。

15-5 抵当権侵害に基づく妨害排除請求

抵当権設定者は、目的物を使用・収益・処分することができるが、もちろん好き勝手にしてよいわけではない。

抵当権者は、**抵当権設定者が通常の利用方法を逸脱して目的物を毀損等する場合**には、**抵当権に基づく妨害排除請求**をすることができる。

15-6 第三者との関係について

(1) 抵当権のついている土地・建物を借りた場合

平成18年12月16日に、Cは、Aの抵当権の登記がされている**建物**をBから借り受け、使用していた。Aが抵当権を実行して、Dが競落した場合、Cは立ち退かなければならないのだろうか。

また、CがBから借り受けたものが、Aの抵当権の登記がされている**土地**であったらどうなるか。

抵当権設定登記**後**の賃借権は、その**期間の長短を問わず、原則として、競落人(買受人)に対抗することができず、明渡し請求に応じなければならない。**

それでは、抵当権設定登記**後**の賃借人の保護はどのように図るのだろうか。

① 以下の条件を満たせば、賃借権を抵当権者に対抗できるとした(**土地・建物賃貸借の両方**)。

- i **賃借権の登記**
- ii **全抵当権者の同意**
- iii **全抵当権者が同意した旨の登記**
- iv **抵当権者の同意によって不利益を受ける者がいる場合(転抵当権が設定されている場合など)には、その者の承諾**

ここでの売買代金とは、抵当権設定者が抵当権の目的不動産を第三者に売却した場合である。

抵当権侵害に基づく妨害排除請求の手段としては、次の3つが挙げられる。

- ①侵害行為差止請求
- ②不法占有者に対する明渡し請求
- ③不法行為に基づく損害賠償請求

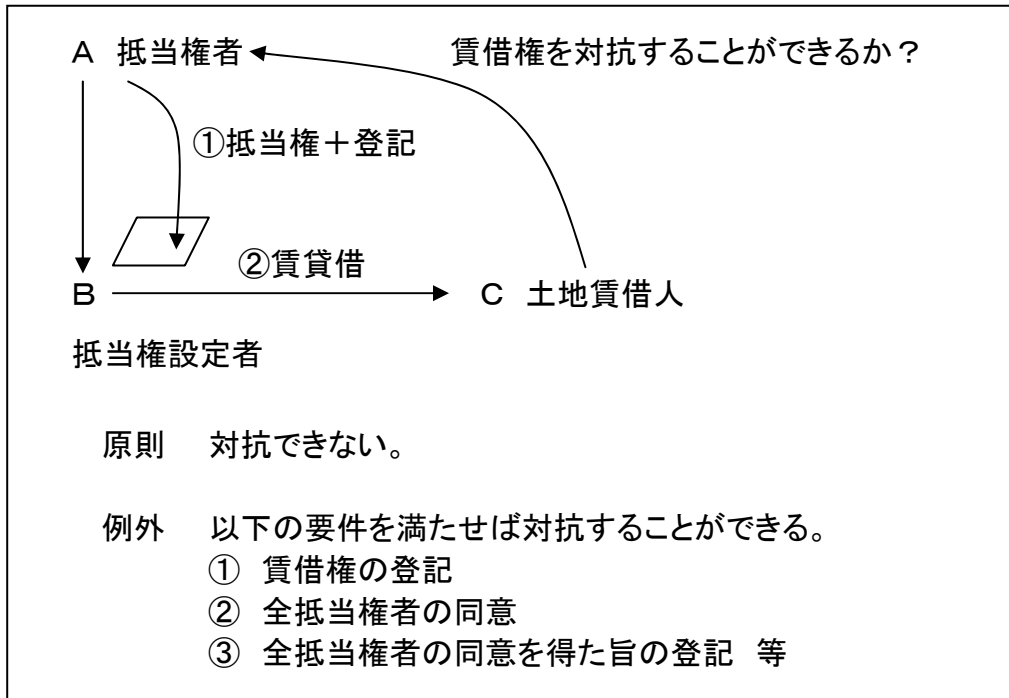
※③については、抵当権が侵害され、目的物の価値が減少し、その結果、被担保債権が十分に満足されなくなったときのみ可能。

抵当権者に対抗できるということは、競落人(買受人)にも対抗できると考えてOK。

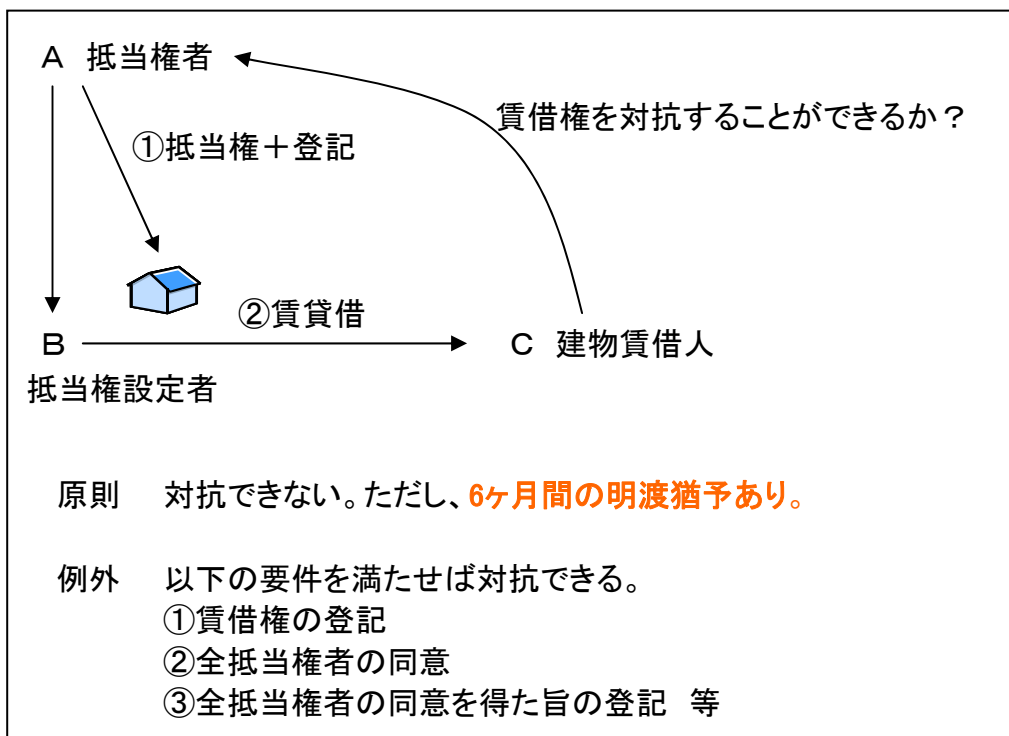
- ② **建物賃借権**の場合は、**競売開始手続開始前から使用・収益を行っている者**（つまり抵当権設定後でも競売開始手続前ならOK）は、**建物の買受人の買受けの時点から6ヶ月を経過するまでは、その建物を買受人に明渡す必要がない**とした（明渡猶予期間制度、395条）。

明渡猶予期間制度があるのは建物の賃借権についてのみであり、土地の賃借権にはない。

ポイント 抵当権設定登記後の賃貸借の法律関係

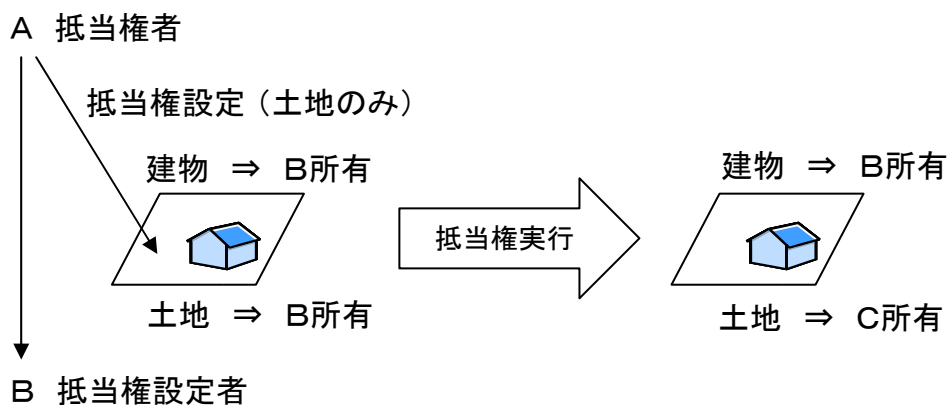


建物賃貸借について、強制管理または担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始後に行った賃貸借により使用又は収益をする者も、6ヶ月間の明渡猶予期間制度がある。



(2) 法定地上権とは

Bは、土地と、その土地上の建物を所有していたが、土地だけにAの抵当権を設定した。Aが、抵当権を実行し、Cが競落した場合、どうなるか。



抵当権実行後は、競落人Cの土地の上にBの建物が建っていることになる。

↓とするならば、

Bに**何らかの土地利用権がない**と、Bは、建物を取り壊して、土地から**出て行かなければならないことになる。**

↓そこで

このような場合、**法定地上権の成立を認める**ことにした。

⇒ 法定地上権を認めることで、Bは、この土地を使い続けることができる。

このように、抵当権の実行により、土地と建物の所有者が異なることとなった場合に、**建物の存続を図るために、一定の要件を満たす場合には、地上権が成立するものとされる。**これが法定地上権である。

ポイント (388条)

法定地上権は、以下の①～④の要件をすべて満たせば成立する。

- ① **抵当権設定時に、土地の上に建物が存在すること。**
⇒ 建物が存在すれば足り、当該建物の**登記までは不要**である。
- ② **抵当権設定時に、土地と建物の所有者が同一であること。**
⇒ 抵当権設定**後に**、土地あるいは建物のどちらかが譲渡され、土地と建物が**別人の所有に属した場合でもよい。**
- ③ **土地と建物的一方または両方に抵当権が設定されること。**
- ④ **抵当権実行の結果、土地と建物の所有者が別人に属すること。**

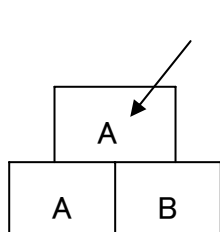
何らの権利もないならば、他人の土地に建物を建てられるはずがないから。

(当事者の契約によってではなく)法律によって認めてあげる地上権だから「法定」地上権。

抵当権設定当時、土地と建物の所有者が同一であれば、建物の登記が前主の所有名義のままであったとしても、建物所有者のために法定地上権が成立する。

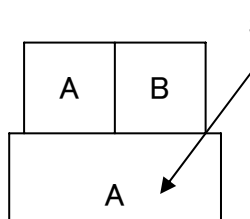
(3) 法定地上権の諸問題

- ① 土地の共有者の1人が、共有地上に単独所有する建物に抵当権を設定した場合には、抵当権の実行により、法定地上権は成立しない。



(理由) この場合に法定地上権の成立を認めると、他人(B)の共有持分につき何らの処分権を有しない共有者に、他人(B)の持分につき本人の同意なく地上権設定の処分を認めたのと同じ結果になり、他の共有者(A)に不当な利益を与えることになるから。

- ② 建物の共有者の1人が、その敷地となっている単独所有の土地に抵当権を設定した場合には、抵当権の実行により、法定地上権が成立する。



(理由) この場合に法定地上権の成立を認めても、他の共有者(B)の利益にこそなれ、不利益とはならないから。

- ③ 建物の存在する土地に抵当権が設定された後、地上建物が取り壊され、新建築物が再築された場合、旧建物を基準とした法定地上権が成立する。

(理由) 抵当権設定当時、建物が存在していた以上、抵当権者は法定地上権の成立を前提として土地の担保価値を評価しているはずであるから、法定地上権の成立を認めても抵当権者が不測の損害を被ることはないから。

(4) 一括競売(389条)

債務者Bが、その所有する更地に債権者Aの抵当権を設定した後、その土地上に建物が建てられた。Aが抵当権を実行する場合、建物を一緒に競売できるのだろうか。

- ① 土地上に建物を建てたのが、B自身である場合
 ② 土地上に建物を建てたのが、Bからの土地の賃借人Cである場合
 これらの場合、**抵当権設定当時、土地の上に建物が存在していないので、法定地上権は成立しない。**

↓しかし

更地を目的として1番抵当権が設定された後に、その土地上に建物が建築され、その後その土地を目的として2番抵当権が設定された場合にも、建物のために法定地上権は成立しない。法定地上権の成否は、1番抵当権を基準とするからである。

建物を存続させる必要がある¹ので、更地に抵当権を設定した後に、抵当権設定者や当該土地の賃借人により、その土地に建物が建築された場合には、**抵当権者は、土地とともに建物を一括して競売にかけることができる(一括競売)**。

↓ 当たり前であるが、この場合でも

抵当権者が**優先的に弁済を受けることができるのは、土地の対価についてのみ**である。

↓ ただし

②の場合において、Cの**土地賃借権が、全抵当権者の同意等を得て抵当権者に対抗できるものである場合には、一括競売できない**。

ポイント

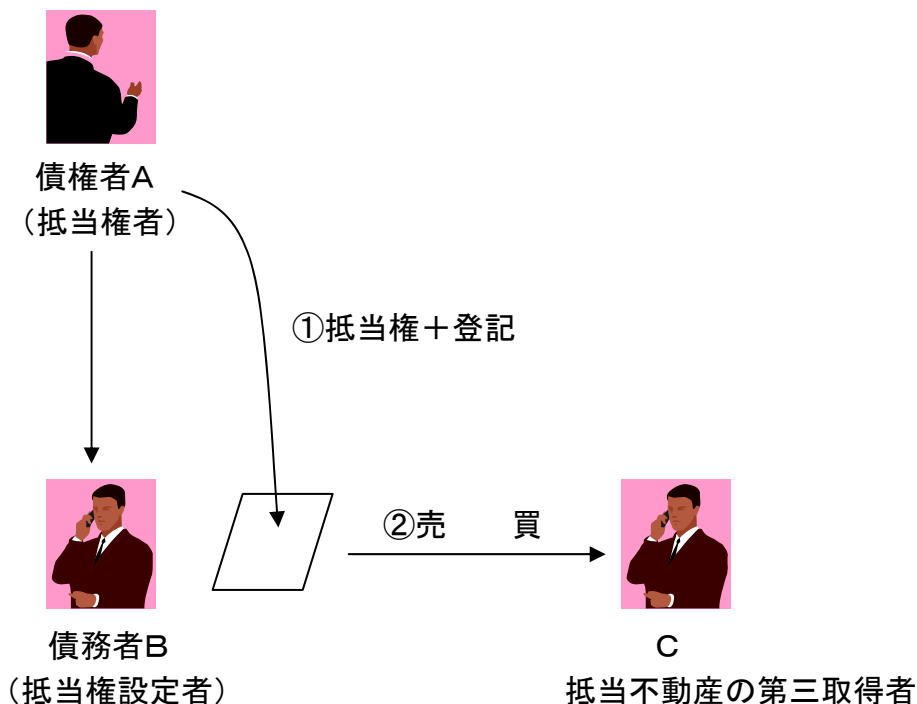
一括競売

更地に抵当権を設定した後、抵当地に建物が築造されたときは、原則として、抵当権者は土地とともに建物を競売にかけることができる。この場合、優先的に弁済を受けることができるのは、土地の対価についてのみである。

建物を存続させる必要があるのは、社会経済上の要請である(新築住宅があつという間に取り壊されるのはあまりにおいしい!ということ)。

(5) 抵当権者と第三取得者との関係

Cは、BがAのために抵当権を設定し、その旨の登記をした土地を、Bから買い受けた。



A(抵当権者)が先に抵当権の登記をした場合

⇒ Cは、**抵当権付きの土地を取得することになる。**

① A(抵当権者)のできることは何か。

⇒ Bが債務を履行しなければ(金を返さなければ)、抵当権を実行できる。

② Cとしては、Bが**借金を返せず、抵当権が実行されて所有権を失ってしまうのではないかと心配**である。そこで、Cには、以下の防衛手段をとることが認められている。

【土地・建物を守る方法】

① **代価弁済**(378条)

抵当不動産について、所有権または地上権を買い受けた者が、**抵当権者の請求に応じて**代価を弁済したときは、抵当権は、その第三者取得者のために消滅する。

② **抵当権消滅請求**(379条)

抵当不動産の第三取得者は、抵当不動産の代価または特に指定した金額を抵当権者に提供(あるいは供託)して、抵当権の消滅を**請求することができる**。この抵当権消滅請求は、抵当権の実行としての競売による差押えの効力発生前にする必要がある。**買受けた不動産に抵当権の登記があるときは、抵当権消滅請求の手続きが終わるまで、売主に対して代金の支払いを拒むことができる(代金支払拒絶権)**。また、**停止条件付で抵当不動産を取得した者は、その条件の成就未定の間は、抵当権消滅請求ができない**。

③ 競落

抵当不動産の第三取得者は抵当権が実行され、競売が行われた場合、自ら競落することにより、所有権を維持することができる。

④ 出捐の償還請求

抵当目的物の第三取得者が、自ら出捐して所有権を保存した場合、買主である第三取得者は、債務者である売主に対し、善意・悪意を問わず、出捐の償還請求ができる。

【抵当権が実行され、所有権を失った場合】

抵当不動産の第三取得者が、抵当権の実行により、抵当不動産の所有権を失ってしまった場合は、担保責任のところで勉強したように、第三取得者は、善意・悪意を問わず、買主として売主の担保責任(契約の解除・損害賠償請求)を追及することができる。

C(第三取得者)が先に所有権の登記をした場合

⇒ 抵当権の付着しない所有権を取得する。

抵当権消滅請求の制度は、抵当不動産について所有権を取得した第三取得者から抵当権者に対して抵当権の消滅を請求する制度である。

ポイント

抵当不動産の第三取得者のできること

- 1 代価弁済
 - 2 抵当権消滅請求
 - 3 競落人となること
- の3つを確実に覚えよう。

15-7 根抵当権

(1) 根抵当権とは

銀行が、自己の取引先企業に繰り返し金銭の貸付けをするような場合、その度に多数の債権が発生するが、貸付けの度にいちいち抵当権を設定するのは手間もお金もかかる。

そこで、継続的な取引が行われる場合に、一定の範囲内の**不特定の債権を担保する目的で設定する抵当権**を設けた。これを**根抵当権**という。

根抵当権においては、不特定の債権を担保するのだから、例えば、5億円の範囲内で担保するというように、**一定限度の枠をつくることで担保する金額が無限にならないようにしている**。この金額の枠のことを**極度額**という。

根抵当権は、根抵当権者と根抵当権設定者の合意によって成立するが、その場合、被担保債権の範囲および極度額を必ず定める。なお、**対抗要件は登記**である。

抵当権設定登記も無料ではない！

元本確定期日は定めなくてもよい。

(2) 根抵当権の特色

① 根抵当権は、**附従性が緩和**されている。

- i 現在は発生していないが、**将来発生する可能性のある債権のために根抵当権を設定することができる**。
- ii **通常**の抵当権は、**被担保債権が消滅すれば抵当権も消滅する**。しかし、**根抵当権の担保する特定の債権が弁済により消滅しても、根抵当権自体は消滅しない**。

② 根抵当権は、**随伴性が否定**されている。

通常の抵当権の場合は、**被担保債権が譲渡された場合、抵当権もそれに従って移転する**。しかし、**根抵当権の場合、元本の確定前に個々の被担保債権が譲渡されても、その債権を譲り受けた者は、根抵当権を取得できない**。

(3) 根抵当権の効力

① 包括根抵当権の禁止

根抵当権は、一定の範囲内の不特定の債権が被担保債権になるので、当事者間で生ずる一切の債権を担保する、いわゆる包括根抵当は認められない。

② 被担保債権の範囲

根抵当権は、確定した元本のほか、利息・遅延損害金のすべてを極度額まで担保する。

- i 極度額を限度に優先弁済を受けることができる。極度額を超えたら一切担保されない。
- ii 普通の抵当権の場合の「最後の2年分」という制限がない。

③ 極度額の変更

元本確定の前後を問わずできる。この場合、利害関係人全員の承諾が必要である。

(4) 元本の確定

根抵当権においては、担保される債権は不確定であるから、どの債権が担保されるのかを最終的には決める必要がある。根抵当権によって担保される債権を決めることを元本の確定という。

すなわち、元本の確定の日より後に発生する債権は、担保されないことになる。では、どのような場合に元本が確定するのだろうか。

① 元本確定期日を定めた場合

⇒ 期日の到来により確定する。

② 元本確定期日を定めない場合

⇒ i 根抵当権設定者は、根抵当権設定時より3年を経過すれば、元本の確定を請求することができる。この場合、元本は、請求のときより2週間経過することにより確定する。

⇒ ii 根抵当権者は、いつでも元本の確定を請求することができる。この場合、元本はその請求の時に確定する。

ポイント

根抵当権のポイント

- 1 元本の確定前に、個々の被担保債権が譲渡されても、その債権を譲り受けた者は、根抵当権を取得できない。
- 2 根抵当権は、確定した元本のほか、利息・遅延損害金のすべてを極度額まで担保する。

元本確定前は、抵当権設定者の合意によって次の事項を変更できる。

- ①被担保債権の範囲の変更
- ②債務者の変更
- ③元本確定期日の変更

15-8 抵当権におけるその他の論点

(1) 共同抵当(392条)

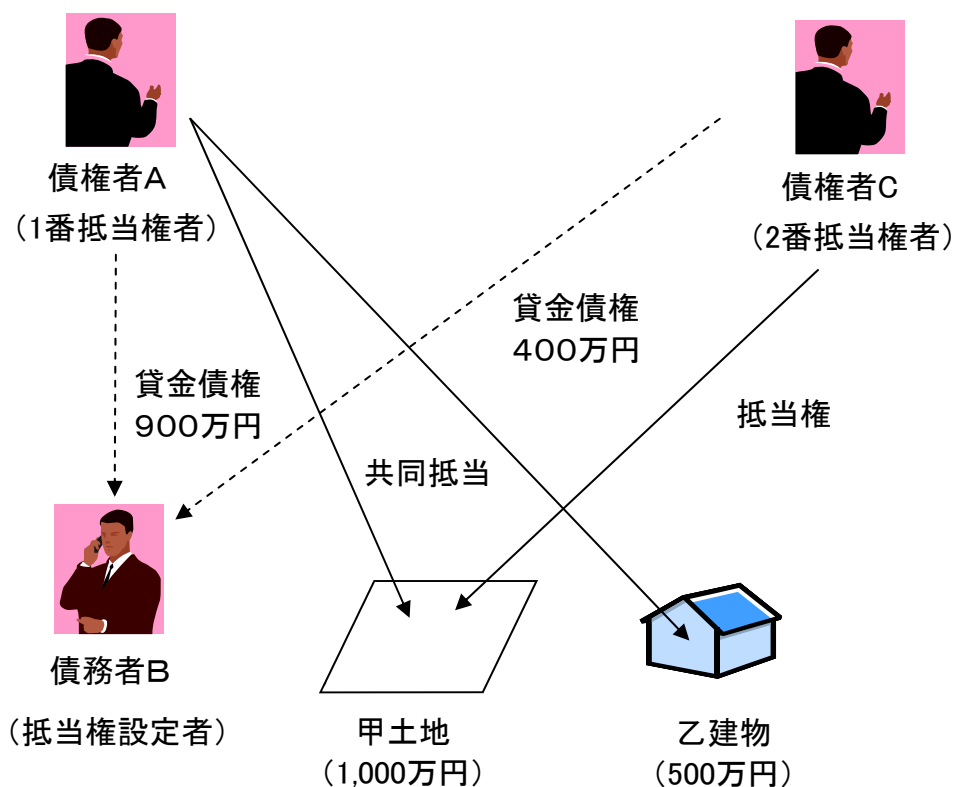
共同抵当とは、1つの債権を担保するために、複数の不動産に抵当権を設定した場合のことをいう。例えば、Aが、Bに対する貸金債権を担保するために、B所有の土地と建物の両方に抵当権を設定するような場合のことである。

(2) 共同抵当の実行

共同抵当の実行の方法には、次の2通りの方法がある。①共同抵当の目的物となった不動産の全部を同時に競売して弁済を受ける方法(同時配当という。)と、②1つずつ順次競売していく方法(異時配当という。)である。

① 同時配当

同時配当の場合には、抵当権者は、各不動産に、その価格に応じて被担保債権額を割り付け、この割付額の範囲内でのみ優先弁済を受けることができる。例えば、Bは、Aから900万円を借りるために、その所有する甲土地と乙建物に1番抵当権を設定した(登記も完了)。なお、甲土地には、CがBに貸した400万円のために、2番抵当権が設定されている。この場合に、甲土地と乙建物の両方の抵当権が競売にかけられ、甲土地が1,000万円、乙建物が500万円であった。



この場合、1番抵当権者のAは、その900万円の債権について、甲土地と乙建物の価格の割合(甲土地:乙建物=1,000万円:500万円=2:1)に応じて、甲土地からは、 $900万円 \times 2/3 = 600万円$ 、乙建物からは、 $900万円 \times 1/3 = 300万円$ の優先弁済を受けることができる。2番抵当権者のCは、甲土地から400万円全額の弁済を受けることができる。

② 異時配当

異時配当は、抵当目的物のうち、1つの不動産の代価を配当する場合である。この場合は、1番抵当権者は、その代価について債権の全部の弁済を受けることができる。また、次順位の抵当権者は、他の不動産につき、仮に同時配当が行われたとすれば、先順位の抵当権者が他の不動産から配当を受けることができた額の範囲内で、その不動産について抵当権を実行することができることになる。

本文の例でみると、甲土地のみ先に競売された場合には、まずAが900万円全額の弁済を受け、Cは、残り100万円の弁済を受けるが、Cはさらに300万円を限度として、乙建物の抵当権を実行し、その弁済を受けることができるのである。